

**MEMORIA HISTÓRICA E IMPERIO DE LA LEY:
EL PODER JUDICIAL ANTE EL DERECHO
A LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL FRANQUISMO**

*HISTORICAL MEMORY AND RULE OF LAW:
THE JUDICIARY BEFORE THE RIGHT TO REPARATION
OF THE VICTIMS OF FRANCOIST REPRESSION*

RAFAEL ESCUDERO ALDAY
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 5-9-16
Fecha de aceptación: 14-12-16

Resumen: *En los últimos tiempos el proceso de recuperación de la memoria histórica en España se traslada del Parlamento a los tribunales. Tras la Ley 52/2007, conocida como "ley de memoria histórica", víctimas y asociaciones se han dirigido al Poder Judicial para conseguir la satisfacción de sus demandas. Pese a la sentencia de 27 de febrero de 2012 del Tribunal Supremo, donde se estableció la imposibilidad de perseguir penalmente los crímenes del franquismo, existen vías para que los jueces hagan efectivo el derecho a la reparación de las víctimas. Ante la inacción administrativa, los tribunales deben garantizar el imperio de la ley en ámbitos como la exhumación de los restos de los desaparecidos y la retirada de simbología exaltadora de la guerra civil y la dictadura.*

Abstract: *After the 52/2007 Act (commonly known as "Historical Memory Act"), victims of Francoist repression go to the Judiciary to have their rights to truth, justice and reparation guaranteed. In a February 2012 Decision, the Supreme Court rejected the possibility to prosecute in Spanish courts the violations of human rights occurred during Franco dictatorship. Despite this Decision, there are legal ways to involve judges in the guarantee of victims' right to reparation. A right not protected by public policies, as the Historical Memory Act requires. This failure to act obliges judges to guarantee the rule of law on issues related with the right of reparation: the exhumation of victims of enforced disappearances and the removal of symbols exalting the Spanish Civil War and the Franco regime.*

Palabras clave: memoria histórica, imperio de la ley, poder judicial, víctimas del franquismo, justicia transicional
Key words: historical memory, Rule of Law, judiciary, victims of Francoist repression, transitional justice

INTRODUCCIÓN

Desde que el movimiento de recuperación de la memoria histórica consiguió que sus demandas entraran a formar parte de la agenda política, tanto el legislador como los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre ellas¹. Tras un intenso debate ciudadano y parlamentario, a finales de 2007 se aprobó la llamada ley de memoria histórica. A pesar de sus limitaciones en cuanto a la plena satisfacción de los derechos de las víctimas de la dictadura franquista, esta ley contempla algunas disposiciones que permiten avanzar en el camino hacia su reparación. Disposiciones que establecen obligaciones de los poderes públicos relativas a las labores de exhumación e identificación de los restos de los desaparecidos a causa de la represión política que acompañó al golpe de Estado de julio de 1936; u otras que ordenan a las autoridades competentes la retirada de la simbología exaltadora del franquismo que todavía perdura en el espacio público. No obstante, el grado de cumplimiento de dichas obligaciones dista mucho de ser real.

Va a ser, precisamente, esta inacción de las autoridades la que abra la puerta a que el Poder Judicial, en cuanto garante del imperio de la ley, pueda hacer efectivo el derecho a la reparación de las víctimas en ámbitos como los que acaban de señalarse. En este sentido, es destacable el potencial que la actividad judicial puede tener a la hora de reparar a las víctimas. Y ello, a pesar de que el Tribunal Supremo rechazara en 2012 la posibilidad de que la vía judicial fuera la adecuada para satisfacer los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas de la dictadura; estos, junto con el de reparación integral, conforman el cuerpo de derechos característicos de la llamada justicia transicional, es decir, aquellos derechos que todo Estado debería garantizar en el marco de un proceso de transición política a la democracia.

Es este último, el derecho a la reparación, el objeto y propósito de este artículo. En sus páginas se ofrecen argumentos en favor de la siguiente tesis:

¹ Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de I+D+I del Ministerio de Economía y Competitividad titulado "Reforma constitucional: problemas filosóficos y jurídicos" (DER2015-69712-C2-2-R).

el Poder Judicial se convierte en un instrumento decisivo a la hora de garantizar el derecho a la reparación de las víctimas del franquismo mediante la exigencia a los poderes públicos del respeto y cumplimiento del imperio de la ley. El *impasse* marcado por el Tribunal Supremo para la satisfacción por vía judicial de los derechos a la verdad y a la justicia no afecta al derecho a la reparación, el cual puede y debe ser garantizado por los tribunales ante la inacción de las autoridades y poderes públicos.

Detrás de esta tesis existe un importante marco teórico, que requiere ser presentado antes del análisis legal y jurisprudencial objeto de estas líneas. Conviene advertir, como premisa metodológica, que se ha optado por exponerlo a partir de la definición de los tres conceptos que entran en juego en esta materia: memoria histórica, justicia transicional e imperio de la ley (epígrafe 1).

Después, se continuará con el análisis del marco normativo proporcionado por la ley de memoria histórica, al objeto de comprobar que –aunque insuficientes– sí contiene ciertas obligaciones al respecto para los poderes públicos (epígrafe 2). El incumplimiento del mandato legal por parte de estos últimos es el presupuesto (necesario para la demostración de la tesis) del que se parte en este trabajo. En consecuencia, es el mandato constitucional del imperio de la ley –vinculante para todos los poderes públicos– el que justifica la intervención de los tribunales para garantizar lo dispuesto en la ley de memoria histórica.

Tras el estudio del marco legal y de la competencia del Poder Judicial en este ámbito (epígrafe 3), el método para corroborar la tesis sostenida en este artículo pasa por analizar algunas sentencias de tribunales españoles en las que se conmina a los poderes públicos a cumplir con los mandatos de la ley de memoria histórica. Son vías de actuación que los tribunales han abierto para conseguir la garantía de los derechos de reparación de las víctimas. Esta es la razón por la que aparecen en estas páginas. Además, son vías abiertas en relación con ámbitos que, si bien relacionados todos con el derecho a la reparación, hacen referencia cada uno de ellos a una línea de actuación diferente para su satisfacción. Y de ahí que merezcan un tratamiento separado. Se trata de tres ámbitos: 1) las obligaciones de las autoridades respecto a las exhumaciones de víctimas de desapariciones forzadas, junto con la admisión del recurso a la memoria y las fuentes orales como instrumento facilitador de la reparación (epígrafe 4); 2) la entrada y alcance del principio de jurisdicción universal (epígrafe 5); y 3) la retirada de la simbología antidemocrática del

espacio público (epígrafe 6). Su análisis constituye el núcleo central de este artículo, debido al ya señalado potencial que adquiere el Poder Judicial –por la vía del imperio de la ley– a la hora de proteger y reparar a las víctimas del franquismo.

1. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES: MEMORIA HISTÓRICA, JUSTICIA TRANSICIONAL E IMPERIO DE LA LEY

A partir de los años noventa del siglo pasado se ha desarrollado en España un movimiento articulado por las víctimas de la dictadura franquista y las asociaciones de recuperación de la memoria histórica. Con el paso del tiempo, este movimiento –denominado “memorialista”– ha adquirido el perfil típico de los movimientos sociales al reunir sus características definitorias. A su consolidación temporal, se suma la independencia orgánica con relación a otras entidades como partidos políticos y sindicatos, su carácter difuso y plural desde un punto de vista organizativo, así como su pretensión de hacerse valer en la esfera pública incluyendo en la agenda política una serie de demandas que debieran ser satisfechas mediante la aprobación de normas jurídicas y la implementación de políticas públicas². En líneas generales, estas demandas pueden clasificarse en dos grupos: uno, de carácter individual, relacionado con la satisfacción de los derechos de las víctimas de la dictadura; y otro, de carácter colectivo, relativo a la necesidad de recuperar la memoria y difundir lo sucedido durante la dictadura franquista para construir un relato compartido de cara al futuro.

En primer término, el movimiento memorialista responde a la necesidad de reparar a las víctimas de la represión franquista. Unas víctimas que, con la llegada de la transición democrática, vieron postergadas sus pretensiones de ser reconocidas en su dignidad y derechos por las nuevas autoridades del Estado español³. El “pacto de olvido” que caracterizó la transición española

² En general, sobre los perfiles del movimiento memorialista, véase S. GÁLVEZ, “El proceso de la recuperación de la ‘memoria histórica’ en España: Una aproximación a los movimientos sociales por la memoria”, *International Journal of Iberian Studies*, vol. 19, num.1, 2006, pp. 25-51.

³ Aunque durante los años setenta y ochenta hubo medidas legislativas y administrativas en favor de algunos grupos de víctimas (por ejemplo, pensiones para funcionarios removidos de sus puestos de trabajo o indemnizaciones por tiempos de prisión), en ningún caso esas medidas supusieron una reparación integral a las víctimas, ni tampoco una asunción de responsabilidad y petición de perdón por parte del Estado español. Sobre el tenor de las me-

a la democracia supuso el mantenimiento de las víctimas de la dictadura en el silencio y desamparo institucional⁴. Hubo que esperar al cambio de siglo para que sus demandas saltaran a la agenda política con toda su intensidad y, consecuentemente, se articularan en peticiones a los poderes públicos⁵.

En segundo término, el movimiento memorialista persigue también un objetivo que podría calificarse de colectivo: la recuperación de la memoria histórica. Se entiende por tal el proceso de rescatar del olvido lo sucedido durante el periodo de la Segunda República española, el golpe de Estado contra ella, la Guerra Civil y la represión política de las autoridades de la dictadura franquista para configurar un relato –donde las víctimas cobren un lugar central– que sirva de base para la reconciliación y una mejor convivencia en el futuro⁶. A partir del concepto de memoria histórica, proveniente de la historiografía y la sociología francesa⁷, se demanda sacar del olvido aquellas historias y relatos de las víctimas de la dictadura que nunca formaron parte de los libros de Historia. Se trata de “pasarle a la historia el cepillo a contrapelo”⁸. Como más adelante se verá, llevar a cabo esta operación no resulta pacífica en el caso de España.

didas aprobadas en los años inmediatamente posteriores a la transición, véase P. AGUILAR, *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Alianza Editorial, Madrid, 2008, pp. 417-424.

⁴ Sobre el pacto de “echar al olvido” el pasado a la hora de afrontar el proceso de democratización en España, véase S. JULIÁ, *Hoy no es ayer. Ensayos sobre la España del siglo XX*, RBA, Barcelona, 2010, pp. 306-310.

⁵ Suele citarse la fecha de noviembre de 2000, dado que fue entonces (en Priaranza del Bierzo, un pueblo de la provincia de León) cuando tuvo lugar la primera exhumación bajo criterios científicos de restos de personas desaparecidas a causa de la represión franquista. Esta cuestión de las exhumaciones es una de las reivindicaciones centrales del movimiento memorialista y, como se analizará más adelante, la forma de proceder ante ellas es una de las discusiones centrales en el debate jurídico y judicial.

⁶ Sobre estas dos dimensiones –individual y colectiva– de las demandas del movimiento memorialista, véase R. ESCUDERO, “Jaqué a la Transición: análisis del proceso de recuperación de la memoria histórica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXIX, 2013, pp. 319-340 (esp., pp. 327-329).

⁷ Véanse, especialmente, M. HALBWACHS, *La mémoire collective*, PUF, París, 1950; y NORA, P. (dir.), *Les lieux de mémoire*, Gallimard, París, 1984. Asimismo, G. NAMER, *Mémoire et société*, Meridiens Klincksieck, París, 1987; y M. BLOCH, *L'Histoire, la Guerre, la Résistance*, Gallimard, París, 2006. Sobre la recepción de este concepto en la cultura española, véase J. CUESTA, *La odisea de la memoria. Historia de la memoria en España siglo XX*, Alianza Editorial, Madrid, 2008.

⁸ La expresión –contenida en la séptima de sus tesis de filosofía de la historia– es de W. BENJAMIN, “Sobre el concepto de historia”, en Id., *La dialéctica en suspenso. Fragmentos sobre la historia*, trad. P. Oyarzún, ARCIS-LOM, Santiago de Chile, 2002, p. 53.

Este proceso de dignificación de las víctimas y de recuperación de la memoria histórica se ha visto reforzado en los últimos años por la entrada en él de uno de los sectores emergentes del Derecho internacional: la justicia transicional. Esta se entiende, siguiendo una definición estándar recopilada por Naciones Unidas, como el conjunto de procesos e instrumentos asociados al intento de una sociedad por enfrentarse con el legado de pasadas violaciones de derechos humanos a gran escala para garantizar la rendición de cuentas, la justicia y la reconciliación⁹. Sus medidas incorporan mecanismos judiciales y no judiciales, incluidos tribunales nacionales o internacionales para la persecución de los crímenes cometidos en el pasado, comisiones de la verdad, reparaciones, reformas institucionales, así como una combinación de todas ellas.

Vincular las demandas de las víctimas de la represión de la dictadura con las obligaciones que el Derecho internacional impone a los Estados en materia de justicia transicional ha dotado de mayor rigor teórico y fuerza jurídica a las pretensiones del movimiento memorialista. El elemento clave para hilar esta vinculación es la lucha contra la impunidad –propia de este sector del Derecho internacional– ante graves violaciones de derechos humanos; léase, crímenes de guerra y de lesa humanidad¹⁰. En este sentido, no parece haber dudas sobre la consideración como tales de los crímenes del franquismo¹¹, aunque sí la haya –como se verá más adelante– sobre los efectos en el ámbito penal de tal consideración. Así, una vez conceptualizados los crímenes del franquismo como graves violaciones de derechos humanos,

⁹ Véase el Informe del Secretario General de Naciones Unidas al Consejo de Seguridad titulado “The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-conflict Societies” (S/2004/616), publicado el 23 de agosto de 2004.

¹⁰ Su definición más acabada se encuentra hoy en los arts. 6 a 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ratificado por España mediante Instrumento publicado en el BOE de 27-V-2002.

¹¹ Las investigaciones desarrolladas en los últimos años –aunque todavía parciales e incompletas– muestran crímenes masivos como desapariciones forzadas (unas 130.000 personas), asesinatos, torturas, detenciones ilegales, robo de niños e incautaciones de bienes, entre otros. Véase, en este sentido, F. ESPINOSA (ed.), *Violencia roja y azul. España, 1936-1950*, Crítica, Barcelona, 2010. La magnitud y gravedad de las cifras y prácticas cometidas, sumada a la probada presencia de elementos objetivos como la existencia de un plan de exterminio contra los opositores políticos o el carácter sistemático y dirigido de tales crímenes por las autoridades golpistas, hace que tales crímenes entren en la categoría conceptual de crímenes contra la humanidad. Sobre esta consideración, véase M. CAPELLÀ, “Crímenes contra la humanidad”, en R. ESCUDERO (coord.), *Diccionario de memoria histórica. Conceptos contra el olvido*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2011, pp. 112-117.

queda expedito el camino para demandar del Estado español el cumplimiento de los deberes que le incumben en esta materia.

Es común clasificar estas obligaciones internacionales de los Estados en el ámbito de la lucha contra la impunidad a partir de los derechos reconocidos a las víctimas¹². Se habla así de los derechos a la verdad, justicia y reparación¹³.

El derecho a la verdad incluye todos aquellos instrumentos dirigidos a conocer lo sucedido en el pasado, es decir, vulneraciones de los derechos humanos, autores y responsables, víctimas, así como las razones reales de su victimización. Aunque el mecanismo más adecuado en esta tarea parece ser el de las comisiones de la verdad¹⁴, medidas como la apertura de archivos, la desclasificación y acceso público de documentos oficiales o el fomento de investigaciones científicas al respecto también pueden contribuir a hacer efectivo este derecho. Por su parte, el derecho a la justicia se refiere a la existencia de procedimientos de carácter penal que permitan investigar, juzgar y, si es el caso, sancionar a los culpables de tales violaciones de derechos humanos. Procedimientos que han de ajustarse y respetar las garantías penales y procesales típicas de un Estado de derecho.

En tercer lugar, ha de garantizarse el derecho a la reparación integral de las víctimas, lo que implica no solo un elenco de medidas de carácter económico (indemnizatorias, resarcitorias y rehabilitadoras, fundamentalmente),

¹² Sobre la forma como el Derecho internacional ha ido construyendo este cuerpo normativo contra la impunidad, a partir de tratados internacionales, normas de Derecho internacional consuetudinario y declaraciones de *soft law*, véase I. FORCADA, *Derecho Internacional y Justicia Transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*, Civitas, Cizur Menor, 2011. El autor sostiene una tesis escéptica sobre la capacidad del Derecho internacional penal como instrumento eficaz de lucha contra la impunidad de graves violaciones de derechos humanos.

¹³ A este elenco de derechos hay que añadir las denominadas garantías de no repetición: una serie de medidas de carácter institucional tendentes a evitar la reiteración en el futuro de los hechos violentos o atentatorios contra los derechos humanos. Por ejemplo, la remoción de sus puestos a quienes participaron activamente en la vulneración de derechos humanos (como miembros del Poder Judicial, del ejército o de los cuerpos de seguridad del Estado) o la implantación de políticas públicas en ámbitos como el educativo y el cultural para concienciar a la ciudadanía en el respeto a la ley y en la cultura de los derechos humanos.

¹⁴ La bibliografía sobre las virtudes, problemas y límites de las comisiones de la verdad es ya prácticamente inabarcable. A modo de introducción, véase M. FREEMAN, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006; R.I. ROTHBERG y D. THOMPSON, D. (eds.), *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*, Princeton University Press, Princeton, 2000; P.B. HAYNER, *Unspeakable Truths: Facing Challenge of Truth Commissions*, 2ª ed., Routledge, Nueva York, 2010.

sino también otras vinculadas al objetivo de la satisfacción moral (declaraciones oficiales de perdón o asunción pública de responsabilidad por el daño causado, entre otras)¹⁵. Como sostiene buena parte de la doctrina especializada, la forma más adecuada para hacer efectivo este derecho a la reparación es mediante programas y políticas públicas que así lo desarrollen¹⁶. Programas creados por el legislador y ordenados a las Administraciones públicas que quedan así obligados a su implantación y desarrollo.

Este parece ser el esquema desarrollado por el legislador español. En el siguiente epígrafe se analizarán las obligaciones y mandatos legales que se imponen a los poderes públicos en materia de reparación a las víctimas del franquismo. Unas obligaciones que hasta la fecha no han sido en gran medida satisfechas, lo que ha provocado la intervención judicial desde el respeto al imperio de la ley. Así, este se convierte en el último de los conceptos que componen el marco teórico aplicable a la cuestión objeto de estas páginas¹⁷. Se trata de un mandato constitucional contemplado en los artículos 9.1 y 9.3 del texto de 1978. Dirigido tanto a ciudadanos como a poderes públicos, este principio cobra un especial significado y relevancia con relación a la actividad de las Administraciones públicas, dado que ordena la sumisión de toda su actividad a la legalidad en vigor y, en consecuencia, limita su ámbito de decisión política¹⁸. Desarrollar lo mandatado en ella no es discrecional, sino obligatorio, para la Administración. Su inacción –por ejemplo, a la hora de desarrollar políticas públicas ordenadas en la ley, como es el caso objeto de estas páginas– supone una ilegalidad que debe ser remediada por el Poder Judicial en cuanto garante de la legalidad. Se trata de una laguna, que afecta gravemente a la protección de los derechos de reparación y que requiere de los tribunales para su resolución¹⁹.

¹⁵ Sobre las reparaciones es una referencia ineludible el volumen colectivo editado por P. DE GREIFF, *The Handbook of Reparations*, OUP, Oxford, 2008.

¹⁶ Esta es la tesis sostenida por autores como J.E. MALAMUD-GOTI, L.S. GROSMAN y el propio P. DE GREIFF en la obra citada en la nota precedente. Similar posición aparece en A. RANDELZHOFFER y C. TOMUSCHAT (eds.), *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1999.

¹⁷ Sobre este concepto es ya clásico el libro de F. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.

¹⁸ Dicho en términos de LAPORTA, “impregna de juridicidad todos los espacios donde actúa el poder” (op. cit., p. 103).

¹⁹ Se sigue aquí el concepto de laguna de Luigi FERRAJOLI (por ejemplo, en *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 41-42).

2. CONTENIDO Y LÍMITES DE LA LEY DE MEMORIA HISTÓRICA

Una vez planteados los marcos teóricos que fundamentan las demandas de recuperación de memoria histórica, llega el momento de analizar su grado de plasmación en la legislación española. En concreto, se trata de comprobar si los elementos definitorios de los conceptos de memoria histórica y justicia transicional han sido asumidos en el principal producto legislativo aprobado en el Parlamento español sobre estos temas: la ley de memoria histórica. Una ley que, a pesar de ser así conocida, no recibió tal denominación oficial. Se trata de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura²⁰.

La ausencia del concepto de memoria histórica, ya en el propio título de la ley, se extiende al resto de su articulado. En efecto, en ninguno de sus artículos se hace referencia al mismo²¹. La razón es clara: el legislador rechazó incorporar la filosofía que está detrás de la recuperación de la memoria histórica para el caso español. En el debate ciudadano y parlamentario sostenido al calor de la aprobación de la ley, vencieron las tesis sostenidas por quienes desde el ámbito académico rechazan la validez del concepto de memoria histórica, en general, y su aplicación a la realidad española, en particular. Tesis que, en líneas muy generales, pueden resumirse en tres. En primer término, el carácter fragmentario, selectivo y subjetivo de la memoria –es decir, de los recuerdos y su transmisión oral a través de sucesivas generaciones– impide que esta pueda ser un instrumento epistémico válido para una historiografía que quiera merecer el calificativo de científica. En segundo término, se rechaza su pretendido carácter colectivo, dado que la memoria solo podría ser personal y subjetiva. Así, lo que se denomina memoria (histórica) colectiva no es más que un conjunto de emociones y sensaciones a las que se dota de un contenido reivindicativo. Como tal –siendo este el tercer argumento–, entonces no puede servir de fundamento para ningún discurso político. Y menos en el caso español, donde se decidió echar al olvido ese pasado para evitar nuevos enfrentamientos y alcanzar la reconciliación²².

²⁰ BOE 27-XII-2007.

²¹ Tan solo se hace mención a la expresión –que no al concepto– de memoria histórica en su art. 20, por el que se crea el Centro Documental de la Memoria Histórica.

²² No es objeto de estas líneas profundizar en el debate acerca del concepto de memoria histórica. Al respecto, véase J.S. PÉREZ GARZÓN y E. MANZANO, *Memoria histórica*, CSIC-Los Libros de la Catarata, Madrid, 2010; y E. GONZÁLEZ CALLEJA, *Memoria e historia*.

En coherencia con esta argumentación, ya en la propia Exposición de Motivos de la ley se advierte que “no es tarea del legislador implantar una determinada memoria colectiva”. En cambio, el legislador sí reconoce que los aspectos relacionados con la memoria personal y familiar forman parte del estatuto jurídico de la ciudadanía democrática. A partir de esta base conceptual, se reconoce un derecho de todos los ciudadanos a recuperar “su memoria personal y familiar” (art. 2). Este reconocimiento tiene consecuencias jurídicas, también expresadas en la ley. En primer lugar, la declaración del carácter “radicalmente injusto” de todas las condenas, sentencias y sanciones producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa (art. 2), así como la “ilegitimidad” de todos los tribunales constituidos para ello (art. 3). En segundo lugar, el derecho de quienes padecieron los efectos de estas resoluciones a obtener una Declaración de reparación y reconocimiento personal, emitida por el Ministerio de Justicia (art. 4).

La conclusión de lo expuesto hasta ahora bien puede resumirse en la afirmación de que la ley de memoria histórica no incorpora en su articulado la filosofía propia del concepto de memoria histórica. Así las cosas, la siguiente cuestión a plantearse es si responde o no a los requerimientos típicos de la justicia transicional, es decir, la satisfacción de los derechos a la verdad, justicia y reparación²³.

En cuanto al derecho a la verdad, la respuesta es negativa. En su articulado no aparece referencia alguna a la creación de una comisión de la verdad (recuérdese que parece ser este el instrumento preferido por la doctrina para la obtención de un relato compartido y aceptado sobre lo sucedido en el pasado). Tampoco se contienen medidas reguladoras del acceso público a archivos y documentos relacionados con la represión política de la dictadura, más allá de una genérica declaración de garantía del derecho de acceso a los fondos documentales depositados en archivos públicos y privados sostenidos con fondos públicos (art. 22)²⁴.

Vademécum de conceptos y debates fundamentales, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2013. Una defensa de la validez de la utilización de este concepto para conocer el pasado reciente de España se encuentra en J.I. LACASTA, *La memoria histórica*, Pamiela, Arre, 2015.

²³ Un exhaustivo análisis de la ley –incluyendo el papel que le corresponde a la Administración con relación a su desarrollo– puede encontrarse en J.A. MARTÍN PALLÍN y R. ESCUDERO (dirs.), *Derecho y memoria histórica*, Trotta, Madrid, 2008.

²⁴ Sobre la cuestión archivística, véase A. GONZÁLEZ QUINTANA, “La política archivística del gobierno español y la ausencia de gestión desde el comienzo de la transición”,

Tampoco es positiva la respuesta sobre la satisfacción del derecho a la justicia de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura. La ley de memoria histórica mantiene la vigencia de la Ley 47/1977, de 15 de octubre, de Amnistía²⁵. Como se verá en el siguiente epígrafe, esta ley es uno de los argumentos esgrimidos para impedir el enjuiciamiento penal de los crímenes propios de la represión franquista²⁶. Por tanto, el contenido típico de este derecho a la justicia, según viene conformándose en el Derecho internacional, cual es el de habilitar mecanismos legales para la investigación, enjuiciamiento y castigo penal de los culpables de graves violaciones de derechos humanos, se desconoce en la ley de memoria histórica. A ello ha de añadirse que la ley tampoco establece un procedimiento para la nulidad de las sentencias franquistas dictadas en flagrante violación de derechos humanos, limitándose a declarar su ilegitimidad e injusticia, pero manteniendo su validez jurídica.

Finalmente, es en el ámbito de la reparación a las víctimas donde se producen los mayores avances de la ley con relación a las medidas de reparación aprobadas desde los años de la transición. Fundamentalmente, medidas económicas: los arts. 5 a 9 establecen mejoras a derechos económicos (indemnizaciones, pensiones, asistencia médica y social, así como ayudas para compensar cargas tributarias). También se recogen algunas medidas de reparación moral. Por ejemplo, la concesión de la nacionalidad española a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales (art. 18), o el reconocimiento explícito de la labor realizada por las asociaciones de víctimas (art. 19). No obstante, para poder calificar de integral a la reparación contemplada en la ley, faltaría que esta hubiera incorporado un reconocimiento del daño causado o que hubiera diseñado las líneas generales de una política pública de homenajes a las víctimas (actos solemnes, monumentos, declaraciones oficiales, etc.). Nada de esto se encuentra en su articulado, lo que, sumado a las deficiencias en materia de verdad y justi-

en J. ARÓSTEGUI y S. GÁLVEZ (coords.), *Generaciones y memoria de la represión franquista: un balance de los movimientos por la memoria*, Universitat de València, Valencia, 2010, pp. 109-137.

²⁵ BOE 17-X-1977.

²⁶ En concreto, su art. 1 amnistía “todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día 15 de diciembre de 1976”. A ello se suma el art. 2, que cita expresamente, como comprendidos en la amnistía, “los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas”.

cia, ha provocado una respuesta crítica por parte de diversos organismos internacionales²⁷.

3. LA COMPETENCIA DEL PODER JUDICIAL CON RELACIÓN A LA RECUPERACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA: LAS RAZONES DE SU LIMITACIÓN AL DERECHO A LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Desde su entrada en vigor, la ley de memoria histórica ha dado lugar a la intervención de jueces y tribunales. Bien porque se considera al Poder Judicial como el instrumento adecuado para colmar los vacíos y silencios del legislador, bien porque las medidas de la ley no se satisfacen por parte de los órganos competentes en cada caso, víctimas y asociaciones acuden a la sede judicial con los argumentos y el discurso propio de la justicia transicional. Nótese bien que esta no se limita a la justicia penal²⁸, de manera que sus contenidos pueden ser argumentos adecuados para solicitar amparo judicial en vías diferentes de la penal.

Ante tales demandas, la respuesta de los tribunales no ha sido unívoca, ni responde a un mismo patrón en todos los casos. A los efectos de un mejor análisis, parece adecuado clasificar aquella en función de los derechos cuya tutela se demanda: por un lado, los derechos a la verdad y a la justicia; por otro, el derecho a la reparación de las víctimas. Es en este último punto donde, apelando al imperio de la ley, cabe situar al Poder Judicial en cuanto instrumento eficaz y adecuado para garantizar la debida reparación. Pero, antes de llevar a cabo este análisis –para lo que se reservan los siguientes epígrafes–, es necesario abordar en este el papel desempeñado por jueces y magistrados con relación a la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia.

La pretensión de que el Poder Judicial garantice el derecho a la justicia de las víctimas de la represión franquista ha sido rechazada por el Tribunal

²⁷ Por ejemplo, el informe relativo a España del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias de 2014 y el emitido ese mismo año por el Relator Especial de Naciones Unidas para la Promoción de la Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición (D. Pablo de Greiff).

²⁸ Véase J. BÉNGOETXEA, “Transitional Justice versus Traditional Justice: The Basque Case”, *Journal of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, vol. 12, num 2, 2013, pp. 30-58 (especialmente, p. 35).

Supremo (TS). En sentencia de 27 de febrero de 2012, el Alto Tribunal reconoce que los hechos pueden considerarse como crímenes contra la humanidad, pero rechaza la posibilidad legal de que puedan ser objeto de un proceso penal²⁹. El TS fundamenta su decisión mediante una estrategia argumentativa dirigida a excluir tales hechos del ámbito del Derecho internacional para someterlos a las categorías propias del Derecho penal interno³⁰.

La exclusión de la aplicación del Derecho internacional se justifica en que “el cuerpo normativo que conformaba la legalidad penal internacional no estaba vigente en el momento de los hechos” (FD 3). Tampoco cabe alegar –continúa el TS– la vigencia de un hipotético Derecho penal internacional consuetudinario, dado que el principio de legalidad requiere que “el derecho internacional sea incorporado a nuestro ordenamiento interno en la forma dispuesta en la Constitución” (FD3). Lo contrario sería vulnerar las exigencias propias del principio de tipicidad; en concreto, la interdicción de la retroactividad. De esta forma, el TS rechaza las razones esgrimidas por un sector importante de la doctrina internacionalista, para el cual el Derecho internacional contiene argumentos que justifican la obligación del Estado español de investigar penalmente las violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura³¹.

Tras descartar la aplicabilidad del Derecho internacional, el siguiente paso es incluir los hechos bajo las categorías típicas del Derecho penal interno. Así, a ellos les resultan de aplicación las causas de exención de la responsabilidad. En primer lugar, la muerte de los supuestos autores³²; en segundo término,

²⁹ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, nº 101, de 27 de febrero de 2012.

³⁰ Véanse estos argumentos en A. GIL GIL, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 115-135 y 151-166. De ahí están tomados por el Tribunal Supremo.

³¹ Esta posición doctrinal se encuentra en J. CHINCHÓN, “La obligación internacional del Estado de investigar las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el pasado”, en M. CRIADO (dir.), *El itinerario de la memoria. Derecho, historia y justicia en la recuperación de la memoria histórica en España*, vol. I, Sequitur, Madrid, 2013, pp. 161-191.

³² Téngase en cuenta que la sentencia del TS trae causa de un proceso penal incoado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 tras denuncias presentadas por familiares de personas desaparecidas entre julio de 1936 y febrero de 1937. En un primer auto de 16 de octubre de 2008, este Juzgado instó a la comprobación del fallecimiento de las personas designadas como imputadas en los hechos (Francisco Franco y otras 34 autoridades golpistas). Tras constatar su fallecimiento, se dictó un segundo auto –fechado el 18 de noviembre de ese mismo año– en el que se acordó la inhibición de la causa y su traslado a los juzgados territorialmente competentes, es decir, los de los lugares donde aparezcan los restos humanos.

la prescripción de los hechos (la sentencia se refiere fundamentalmente a las desapariciones forzadas acaecidas básicamente en los años 1936 y 1937, con lo que los hechos estarían más que prescritos); y finalmente, la aplicación de la Ley 46/1977, de Amnistía. Con relación a este último argumento –y dejando al margen la discusión existente hoy en la doctrina sobre la admisibilidad o no de las amnistías en procesos transicionales o de superación de conflictos armados³³–, sí cabe señalar que en la sentencia del TS se aprecia una serie de valoraciones que parecen exceder del marco argumentativo estrictamente jurídico. En este sentido, el Tribunal considera esta ley de amnistía como un “pilar básico, insustituible y necesario” para desmontar el entramado jurídico del franquismo y articular el actual sistema constitucional, recuerda que su aprobación fue resultado de un “consenso total de las fuerzas políticas” del periodo constituyente y, finalmente, añade que “fue consecuencia de una clara y patente reivindicación de las fuerzas políticas ideológicamente contrarias al franquismo” (FD 3). Con estos argumentos el TS justifica su defensa de la ley de amnistía y, de nuevo, rechaza la aplicación de la norma de Derecho internacional que prohíbe las *blanket amnesties*, es decir, aquellas que se utilizan para impedir cualquier tipo de investigación sobre lo sucedido.

De esta manera, no solo se niega el derecho a la justicia, sino también el derecho a la verdad. Con relación a este último, el TS insiste en que la sede para su eficaz desarrollo no es la judicial. En sus propias palabras, “el derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal”, sino que su satisfacción “corresponde al Estado a través de otros organismos y debe contar con el concurso de todas las disciplinas y profesiones, especialmente a los historiadores” (FD1). Pero no del Poder Judicial, ni convirtiendo los procesos penales en una suerte de “juicios de la verdad”, ni ignorando la vigencia de la ley de amnistía³⁴.

³³ De nuevo, la bibliografía sobre las amnistías es ya prácticamente inabarcable. Véase, por ejemplo, M. FREEMAN, *Necessary Evils. Amnesties and the Search for Justice*, CUP, Cambridge, 2009; L. MALLINDER, “Global Comparison of Amnesty Laws”, en M. BASSIOUNI (ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice*, Antwerp, Intersceta, 2010, pp. 1-153; y L. PAYNE y F. LESSA (eds.), *Amnesties in the Age of Human Rights Accountability*, CUP, Cambridge, 2012. En este sentido, una defensa de la adecuación al Derecho internacional de las amnistías llamadas “condicionadas”, es decir, aquellas sometidas tanto al cumplimiento de una serie de conductas por parte de los victimarios con relación a las víctimas como a límites relacionados con la gravedad de los delitos, puede encontrarse en J. DORADO, “Justicia transicional, persecución penal y amnistías”, *Derechos y Libertades*, num. 28, 2013, pp. 81-114.

³⁴ Una posición doctrinal crítica con esta conclusión del TS en lo relativo al derecho a la verdad se encuentra en C. PÉREZ GONZÁLEZ, “Derecho a la verdad y desapariciones forza-

En resumen, el Tribunal Supremo excluye la posibilidad de que los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas de la dictadura franquista puedan ser objeto de garantía por la vía judicial. Su argumento podría resumirse en la inexistencia de normativa que así les obligue. Por un lado, porque el Derecho internacional no resulta aplicable a unos hechos producidos con anterioridad a la imposición de obligaciones a los Estados en la materia (su aplicación vulneraría entonces el principio de irretroactividad). Por otro, porque la legislación española no ha querido otorgar a los tribunales el papel de garante de los citados derechos³⁵. Así, de intervenir en estos casos, los tribunales estarían actuando arbitrariamente y vulnerando el art. 117 de la Constitución, que establece su sometimiento al imperio de la ley.

4. LA GARANTÍA JUDICIAL DEL DERECHO A LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Una vez descartada por el Tribunal Supremo la vía judicial a la hora de garantizar los derechos a la verdad y justicia de las víctimas, es el momento de plantearse su utilización respecto al derecho a la reparación. En este sentido, téngase en cuenta que la ley de memoria histórica incorporó disposiciones relativas a este derecho. Así, ha sido su incumplimiento por parte de las Administraciones públicas lo que ha motivado el recurso a los tribunales de víctimas y asociaciones, exigiendo el respeto al imperio de la ley. A continuación se analizarán algunos de los casos más recientes que han llegado a los tribunales, con el objeto de aportar una serie de argumentos tendentes a

das durante la guerra civil y el franquismo: una perspectiva desde el Derecho internacional”, en R. ESCUDERO y C. PÉREZ GONZÁLEZ (eds.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 55-76 (especialmente, pp. 69-70).

³⁵ Un argumento similar también ha sido empleado por el propio Tribunal Supremo cuando se le ha requerido para proceder, vía recurso de revisión, a anular las sentencias franquistas dictadas en vulneración de derechos humanos y garantías procesales. En Auto de 21 de febrero de 2011, su Sala de lo Militar inadmitió el recurso “por inexistencia de presupuesto objetivo previo”, al entender que estas sentencias ya han sido privadas de “vigencia jurídica” por la ley de memoria histórica. Una posición crítica con esta conclusión se encuentra en R. ESCUDERO, “Los tribunales españoles ante la memoria histórica: el caso de Miguel Hernández”, *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, num. 11, 2013, pp. 620-634. Disponible en <http://hispanianova.rediris.es/11/index.htm> (fecha de consulta: 1-IX-2016). Al respecto, véase también S. OUBIÑA, “Revisión, trascendencia constitucional y memoria histórica”, *Revista de Derecho Político*, num. 89, 2014, pp. 299-342; y M. MIRANDA, “La memoria histórica ante el Tribunal Constitucional”, *Jueces para la democracia*, num. 86, 2016, pp. 13-31.

fundamentar esta demanda de las víctimas a que su derecho a la reparación sea adecuadamente satisfecho por los poderes públicos competentes, a pesar de la ya analizada doctrina del Tribunal Supremo.

4.1. Jueces y exhumaciones de víctimas de desapariciones forzadas

Desde sus inicios, una de las demandas principales de víctimas y asociaciones memorialistas ha sido la de conseguir la localización, exhumación e identificación de los restos de las personas que fueron víctimas de desapariciones forzadas durante el periodo inmediatamente posterior al golpe de Estado de 18 de julio de 1936 (entre julio de 1936 y febrero de 1937). En cuanto a la cifra de las personas víctimas de estos hechos considerados como crimen de lesa humanidad según el Derecho internacional, la ausencia de investigaciones oficiales al respecto motiva que deba recurrirse a la labor efectuada en los últimos años por historiadores especializados en la materia³⁶. Así, a falta de un estudio que comprenda la totalidad del territorio español, las investigaciones parciales hablan de unas 130.000 personas víctimas de desaparición forzada³⁷.

Ya desde la época de la transición las autoridades no consideraron como una cuestión de orden público todo lo relacionado con la exhumación e iden-

³⁶ El propio Relator Especial de Naciones Unidas llama la atención sobre la ausencia de censos oficiales de víctimas, así como tampoco estimaciones oficiales (véase la Consideración nº 45 de su Informe citado en la nota 27). Ni siquiera el informe emitido en julio de 2006 por la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y el franquismo, incorpora cifras actualizadas. En el informe tan solo aparece una referencia genérica a la cifra de desaparecidos: “según los investigadores, más de treinta mil personas siguen sin haber sido plenamente localizadas e identificadas” (p. 79). Esta cifra, como se pondrá de manifiesto en los trabajos académicos citados en la siguiente nota, ha sido ya superada con creces. Recuérdese que dicha Comisión fue creada por el Real Decreto 1891/2004 (BOE 20-X-2004) con el objeto de estudiar los derechos hasta ahora reconocidos y elaborar propuestas de reparación a las víctimas a incluir en la futura ley de memoria histórica. El informe está disponible en: <http://www.memorialhistorica.gob.es/es-es/LaLey/Documents/InformeVictimas.pdf> (fecha de consulta: 26-XI-2016).

³⁷ La cifra proviene de F. ESPINOSA (coord.), *Violencia roja y azul. España, 1936-1950*, cit., pp. 77-78. Ante la ausencia ya reseñada de datos oficiales, en cuanto a la cifra de víctimas ha de recurrirse a estudios doctrinales (que todavía no abarcan la totalidad del territorio español). Véase, a modo de ejemplo, J. CASANOVA y otros, *Matar, morir, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*, Crítica, Madrid, 2004; S. JULIÁ (coord.), *Víctimas de la guerra civil*, Temas de Hoy, Madrid, 2004; M. NÚÑEZ (coord.), *La gran represión. Los años de plomo del franquismo*, Flor del Viento Ediciones, Madrid, 2009.

tificación de los restos de las víctimas. Tampoco se pusieron en marcha políticas públicas tendentes a ayudar a los familiares en la búsqueda de tales restos. Así, tuvieron que ser estos últimos los que, de una forma totalmente privada y en muchos casos en secreto, realizaran esas tareas de indagación, prospección e identificación. No hubo, en conclusión, ni seguimiento ni control público de los resultados de tales actividades³⁸.

Desde este punto de partida, no era de extrañar que, una vez iniciado el debate parlamentario relativo a la aprobación de la ley de memoria histórica, víctimas y asociaciones insistieran en que esta incluyera un mandato a los poderes públicos para llevar a cabo dichas labores. Que no fueran ellas sino el Estado quien se encargara de realizarlas. Tal pretensión estaba basada en dos argumentos: por un lado, la necesidad de presencia de las autoridades del Estado en un tema tan delicado como es el relativo a la búsqueda y tratamiento de cadáveres, es decir, su consideración como una cuestión de orden público; por otro, dado que estas personas fueron víctimas de acciones dirigidas, ejecutadas o toleradas por las que iban a ser o eran ya autoridades del Estado español, parecería lógico que fueran también autoridades de este mismo Estado las que repararan en cierta medida el daño causado, empezando por asumir íntegramente las labores de exhumación de los cadáveres.

Aunque no de la forma demandada por víctimas y asociaciones, la ley de memoria histórica sí abordó la cuestión de las exhumaciones. En ella se establece un principio general de colaboración de las administraciones públicas con las víctimas y asociaciones en esas tareas. Por tanto, lo primero que conviene hacer notar es que el legislador de 2007 mantiene la línea seguida desde la transición por los sucesivos poderes legislativo y ejecutivo, y sigue sin considerar este tema como una cuestión de orden público. A cambio, se arbitra lo que bien podría entenderse como un principio de cooperación entre los ámbitos público y privado estructurado de la siguiente manera: mientras que las tareas de identificación y localización de restos se realizan por los privados (los descendientes de las víctimas), las autoridades públicas tienen el deber de facilitarlas (art. 11.1). Así, el peso de la actividad recae en las propias víctimas (lo privado), pero las autoridades (lo público) han de coadyuvar a su buena realización.

³⁸ Sobre las exhumaciones de los años previos a la ley de memoria histórica, véase F. FERRÁNDIZ, *El pasado bajo tierra. Exhumaciones contemporáneas de la Guerra Civil*, Anthropos, Madrid, 2014.

En concreto, este deber legal de facilitación se traduce en las siguientes acciones que deben ser desarrolladas desde el ámbito público: 1. La Administración General del Estado ha de elaborar planes de trabajo y establecer subvenciones para sufragar los gastos derivados de tales actuaciones (art. 11.2); 2. El Gobierno, en colaboración con todas las Administraciones públicas, debe elaborar un protocolo de actuación científica y multidisciplinar que asegure la adecuada intervención en las exhumaciones, además de celebrar convenios de colaboración para subvencionar a las entidades sociales que participen en los trabajos (art. 12.1); 3. En su respectivo ámbito territorial, las Administraciones públicas pondrán a disposición de las personas y entidades interesadas mapas donde consten los terrenos en los que se localicen restos de víctimas. Además, el Gobierno elaborará un mapa integrado de acceso público que comprenda todo el territorio español y al que se le agreguen los datos aportados por las distintas Administraciones públicas (art. 12.2).

Estas actividades, cuya realización el legislador mandata a distintas autoridades públicas, no han sido desarrolladas en su totalidad. Más bien al contrario. Su grado de desarrollo reglamentario dista mucho de ser satisfactorio. Es cierto que durante los años inmediatamente posteriores a la aprobación de la ley de memoria histórica, sí se realizaron actividades tendentes a satisfacer este mandato legal. Así, en primer lugar, y al amparo del citado art. 12.1, se firmaron convenios de colaboración con entidades memorialistas y asociaciones de víctimas; en segundo término, se elaboró el protocolo de exhumaciones previsto en este mismo artículo³⁹; y en tercer lugar, se comenzó la realización del mapa integrado de fosas a que se refiere el art. 12.2 de la ley⁴⁰. Un mapa que a fecha de hoy sigue incompleto, debido a que algunas Comunidades Autónomas no han aportado los datos exigidos en el citado artículo de la ley de memoria histórica.

Pero, donde más se requeriría un cabal cumplimiento de lo dispuesto en la ley es en lo relativo al deber de las Administraciones públicas de sufragar los gastos derivados de las tareas de exhumación. También en este punto el paso del tiempo ha afectado al grado de satisfacción del imperio de

³⁹ Orden PRE/2568/2011, de 26 de septiembre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de septiembre de 2011, por el que se ordena la publicación en el Boletín Oficial del Estado del Protocolo de actuación en exhumaciones de víctimas de la guerra civil y la dictadura (BOE 27-IX-2011).

⁴⁰ El mapa es de acceso público y está disponible en la página web del Ministerio de Justicia: http://mapadefosas.mjusticia.es/exovi_externo/CargarMapaFosas.htm (fecha de consulta: 2-IX-2016).

la ley. Durante los primeros años de vigencia de la ley sí se aprobó por parte del Gobierno la convocatoria anual de subvenciones para sufragar gastos derivados de exhumaciones a que obliga el art. 11.2. Pero dicha convocatoria dejó de aprobarse en el año 2012, lo que permite concluir afirmando el incumplimiento del mandato legal de facilitación impuesto en este ámbito a las autoridades públicas. Y, en consecuencia, fue dicho incumplimiento el que provocó que las víctimas acudieran al Poder Judicial para buscar allí una respuesta a una pretensión que ni el legislativo ni el ejecutivo habían satisfecho.

No obstante, tal y como se explicó en el epígrafe anterior, el Tribunal Supremo rechazó la posibilidad de que el proceso penal fuera la vía adecuada para obligar a los poderes públicos a llevar a cabo esas exhumaciones. Además, en Auto dictado un mes después de la ya analizada sentencia de 27 de febrero de 2012⁴¹, el Alto Tribunal afirmó que la competencia para llevar a cabo actividades de identificación de restos humanos corresponde a los juzgados de instrucción de los lugares donde aquellos aparecieran⁴². Es, pues, el juez de instrucción quien ha de llevar a cabo la práctica de diligencias para datar las acciones, identificar a los posibles afectados y proceder como corresponde en Derecho cuando aparecen restos de personas con síntomas de muerte violenta. Con una notable excepción a estos efectos: el juez deberá actuar, “salvo cuando de la propia noticia contenida en la denuncia o querrela se derive la inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible” (RJ4). Lo que sucede –como arguye el TS–, cuando se trate de restos de víctimas de la represión franquista, dado que en estos casos no cabe su investigación y enjuiciamiento penal. Esta última apreciación del TS justifica la inacción de los jueces cuando interpreten, a la luz de la denuncia presentada ante ellos, que los restos en cuestión son de víctimas de la represión franquista⁴³.

⁴¹ Fue en el Auto de su Sala de lo Penal, de 28 de marzo de 2012, dictado para resolver la cuestión de competencia planteada por el Juzgado Central de Instrucción nº5 sobre quién habría de ser el o los juzgados competentes para la práctica de diligencias relativas a la identificación de los restos.

⁴² Y no a la Audiencia Nacional, como sostenía el Juzgado Central de Instrucción nº 5 en su inicial Auto de 16 de octubre de 2008.

⁴³ Este argumento del TS viene a corroborar la práctica judicial desarrollada los años anteriores por la gran mayoría de los jueces, quienes –salvo contadas excepciones– no acuden al lugar de los hechos en que aparecen los restos de supuestas víctimas de desapariciones forzadas. Sobre la actuación de juzgados y tribunales españoles en este caso, véase J. CHINCHÓN, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012.

A pesar de lo que acaba de señalarse, es relevante este Auto del TS porque abre la posibilidad a que otras vías –distintas de la típicamente penal– permitan una participación judicial en el buen desarrollo de estas labores de exhumación e identificación de restos. Así, el Tribunal Supremo afirma que la imposibilidad del enjuiciamiento penal de los autores de los hechos en cuestión no afecta al derecho de las víctimas a recuperar los restos de sus familiares, tal y como como reconoce el propio Derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, resulta especialmente significativo que el propio TS reconozca expresamente este derecho, que incluye la verificación de los hechos, la búsqueda de los cadáveres y la ayuda para su exhumación, identificación y posterior inhumación, así como contar con una declaración oficial que restablezca la dignidad y reputación de la víctima. Y añada, asimismo, su contrapartida: “el deber de los Estados de procurar de manera efectiva su satisfacción” (RJ3)⁴⁴.

En consecuencia con lo anterior, el Tribunal Supremo señala expresamente tres vías a través de las cuales canalizar las legítimas pretensiones de exhumación e identificación de restos. En primer término, el Tribunal se remite a los deberes contemplados en la ley de memoria histórica. Téngase en cuenta que el incumplimiento de estos deberes por parte de las autoridades obligadas a su satisfacción –incumplimiento que, como se ha señalado líneas atrás, todavía hoy subsiste en algunos de sus ámbitos– pone en marcha la actividad judicial para garantizar el imperio de la ley. En segundo lugar, el TS señala la vía de la inscripción de defunción de desaparecidos durante la guerra civil y la dictadura –incorporada en la Disposición Adicional octava de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil⁴⁵–, la cual abre asimismo

⁴⁴ Para apoyar su tesis, el TS cita –entre otros instrumentos de Naciones Unidas– la Resolución 60/147 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2005, sobre Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Sobre este importante instrumento en materia de justicia transicional, véase M. BASSIOUNI, “International Recognition of Victims’ Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 6, num. 2, 2006, pp. 203-279; M. ZWANENBURG, “The Van Boven/Bassiouni Principles: an Appraisal”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 24, num. 4, 2006, pp. 641-668; y A.G. LÓPEZ MARTÍN, “Los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de Derechos Humanos en el Derecho Internacional”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, vol. XLVII, 2014, pp. 133-162 (esp., pp. 138-140).

⁴⁵ BOE 22-VII-2011. La Disposición Adicional octava señala lo siguiente: “El expediente registral, resuelto favorablemente, será título suficiente para practicar la inscripción de la defunción de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la represión política inmediatamente posterior, siempre que, de las pruebas aportadas, pueda inferirse razonablemente su fallecimiento, aunque no sean inmediatas a éste. En la valoración de las pruebas se consi-

otra puerta a actuaciones judiciales que garanticen esta vía de reparación a las víctimas.

Finalmente, el Tribunal Supremo llama la atención sobre las disposiciones propias de la jurisdicción civil a las que las víctimas podrían acogerse para identificar y dar digna sepultura a los restos de sus familiares. A modo meramente indicativo, señala dos: 1. Los expedientes característicos de la jurisdicción voluntaria como son los relativos a las declaraciones de ausencia y fallecimiento, recogidos en la vigente Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (arts. 67 y siguientes)⁴⁶; 2. Las informaciones para perpetua memoria, que en el momento de dictar el Auto estaban reguladas en los arts. 2002 y siguientes de la ley de enjuiciamiento civil de 1881, pero que posteriormente fueron derogadas por la Ley 15/2015.

En conclusión, serían estos –y no los propios de la vía penal– los canales adecuados que víctimas y asociaciones podrían utilizar si quieren que el Poder Judicial pueda cumplir su papel a la hora de garantizar el derecho a la reparación de las víctimas del franquismo.

4.2. El valor en sede judicial de la memoria y la transmisión oral de los hechos

Víctimas y asociaciones no han tardado en utilizar los argumentos trazados por el Tribunal Supremo a la hora de buscar caminos para la satisfacción del derecho a la reparación que el propio TS reconoce en la Sentencia y en el Auto analizados en los epígrafes precedentes. En este sentido, ha resultado especialmente relevante la referencia que el TS hizo a las informaciones para perpetua memoria. Y ello porque ha sido esta referencia la que en última instancia se encuentra en el origen de una resolución judicial que autoriza una exhumación: se trata del Auto 112/2016, de 30 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Lorenzo de El Escorial. En él se admite una demanda presentada para la aprobación y protocolización de información *ad perpetuam memoriam* por parte de los familiares de dos víctimas de la represión franquista inhumados en el cementerio del Valle de los Caídos en 1959⁴⁷.

derará especialmente el tiempo transcurrido, las circunstancias de peligro y la existencia de indicios de persecución o violencia”.

⁴⁶ BOE 3-VII-2015.

⁴⁷ Se trata de los hermanos Manuel y Antonio Ramiro Lapeña, cuyos restos llegaron al Valle de los Caídos procedentes de Calatayud (Zaragoza).

Aunque este procedimiento de las informaciones para perpetua memoria se encuentra hoy derogado (no lo estaba cuando se inició ante el citado Juzgado y por eso pudo concluirse), el caso es relevante no solo porque termina con una autorización judicial de exhumación de víctimas de la represión franquista (que anteriormente por la vía penal se había rechazado⁴⁸), sino también por la repercusión que la argumentación del tribunal pueda tener para fundamentar casos similares en el futuro. En concreto, en relación con estos dos aspectos: por un lado, el contenido que en él se da al expediente de informaciones para perpetua memoria, que puede ser trasladable a otros procedimientos de la jurisdicción voluntaria; por otro, por la relevancia que en dicha argumentación adquiere la cuestión de la veracidad o no de unos hechos transmitidos oralmente. Véanse a continuación estas dos cuestiones.

En principio, destaca que la decisión judicial no se limite a la aprobación y protocolización de información *ad perpetuam memoriam*, sino que autorice la recuperación de los restos, su entrega por parte del órgano competente a los familiares (en este caso, Patrimonio Nacional) y la inscripción de su defunción en el Registro Civil. Para fundamentar esto último, el Juzgado desarrolla una doble línea de argumentación. En primer lugar, asume la tesis del Tribunal Supremo sobre la normativa internacional que reconoce el derecho de las víctimas a una reparación que incluya la búsqueda e identificación de los cadáveres, así como la entrega a sus familiares para su inhumación con-

⁴⁸ Fue rechazada por la jurisdicción ordinaria (Juzgado de Instrucción nº 1 de San Lorenzo de El Escorial y Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid) y, posteriormente, por Providencia dictada por la Sección Tercera de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 2013. Para su inadmisión, el TC esgrimió la falta de justificación de la especial trascendencia del recurso (requisito establecido en el art. 49.1 de la LOTC). Finalmente, el caso llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que el 15 de noviembre de 2012 inadmitió la demanda por no cumplir con los requisitos de admisibilidad establecidos en el art. 35 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin señalar en concreto a qué requisitos se refiere, la comunicación del Tribunal se remite a otro caso anterior: al caso Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España, donde el TEDH inadmitió la demanda (relativa a la investigación de desapariciones forzadas) basándose en que los demandantes no mostraron la “debida diligencia” para cumplir con los requisitos del Convenio, dado que pudieron y debieron acudir antes al Tribunal. Así pues, concluye afirmando que, al no hacerlo entonces y hacerlo ahora, la demanda “fue presentada [en 2009] fuera de plazo”. Se trata de la Decisión 30141/09, de 27 de marzo de 2012. Sobre el caso Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España, véase en general A. GIL GIL, “Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado Español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos?”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, num. 4, 2012, pp. 1-28. Una perspectiva crítica con la respuesta final del TEDH se encuentra en C. PÉREZ GONZÁLEZ, cit., pp. 70-72.

forme a su deseo. En segundo término, vincula este procedimiento de publicidad en que consistían las informaciones para perpetua memoria con el derecho a recibir digna sepultura. Un derecho que –según el citado Auto– “está indisolublemente unido a la dignidad propia de todo ser humano (art. 10 de la Constitución española”, además de formar parte del “contenido esencial a la libertad religiosa, que comprende el derecho de la persona a ser inhumada conforme a los ritos y prácticas de la religión que profesa” (RJ2).

En conclusión, la aprobación y protocolización de las informaciones de perpetua memoria no cumplirá su objetivo si, en casos como este del cementerio del Valle de los Caídos, no se permitiera la identificación de los restos y su posterior entrega a sus familiares. Tampoco se cumpliría con el objetivo de reparar a las víctimas. Y de ahí que el Juzgado termine autorizando la realización de pruebas para identificar los restos de las personas en cuestión y, si es el caso, la exhumación y entrega a sus familiares.

Como se ha señalado, este procedimiento ya no está en vigor en el ordenamiento jurídico español. Pero la argumentación de este Juzgado sí puede resultar de aplicación para futuros casos que puedan plantearse en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. En efecto, los procedimientos de declaración de fallecimiento podrían incorporar la realización de actividades de exhumación e identificación de restos para ser, por un lado, realmente eficaces en cuanto a su fin y, por otro, garantes del derecho a la reparación que, según deja sentado el propio TS, asiste a los familiares de las víctimas.

Finalmente, este Auto judicial destaca también por la línea argumental seguida en él con respecto a la valoración de las pruebas. Lo destacable del caso es que no existen documentos que acrediten fehacientemente que los restos de las dos personas en cuestión se encuentren en el lugar señalado⁴⁹. La única prueba es una declaración de los familiares alegando que poseen los conocimientos sobre el caso por “tradición oral”, dado que así les han sido transmitidos por padres, familiares y vecinos. El Auto acepta esta versión de los hechos, aduciendo las dificultades probatorias propias de las circunstancias de la época, donde fueron muchos los casos de desapariciones forzadas sin que nunca se diese razón del paradero de los restos a los familiares. Así, exigir una certeza plena de los hechos sería, a juicio del Juzgado, algo así como una especie de *probatio diabólica*. En este contexto, resulta razonable

⁴⁹ Ni tampoco su procedencia de Calatayud. La falta de documentación al respecto fue el argumento esgrimido por el Ministerio Fiscal para oponerse a la apertura de este expediente de jurisdicción voluntaria.

acudir a ese relato transmitido de generación en generación, a esa tradición oral, dado que es lo que permite sostener que “existen indicios racionales para entender que los hechos han acaecido” (RJ3)⁵⁰.

Así pues, frente a la opinión doctrinal de quienes niegan valor epistémico a la memoria y a las fuentes orales, en este Auto se reconocen y aceptan como instrumentos relevantes para determinar la verosimilitud de los hechos. Asume así el Juzgado la doctrina del Tribunal Constitucional, quien en Sentencia 43/2004, de 23 de marzo, ya reconoció el carácter polémico y discutible de toda investigación y debate histórico, dado que se realiza “alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre” (FJ5). Si esto es siempre así, mucho más en un caso como el de la investigación sobre la dictadura y la represión franquista, caracterizada por la ausencia de registros, informes y documentos escritos al respecto. Ello hace que deba prevalecer siempre esa investigación, incluso frente a derechos como el del honor de las personas cuyos nombres puedan verse involucrados en episodios de violencia, “cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica” (FJ5)⁵¹. En definitiva, al igual que el juez debe valorar la prueba testifical y otorgar validez o no a los testimonios de los testigos, un historiador debe tener la *expertise* suficiente en su trabajo para contrastar esas fuentes orales y determinar las que resultan creíbles y las que no. La memoria como instrumento para la historiografía, al igual que la prueba testifical en los juicios, no puede ser descartada de antemano⁵².

⁵⁰ Además, el Juzgado añade que, aunque no se conozca con exactitud el lugar donde se encuentran los restos en la cripta del Valle de los Caídos, sí hay constancia documental de que se realizaron traslados de cadáveres desde Calatayud hasta allí. Es más, incluso existe un escrito de Patrimonio Nacional donde constan los columbarios en que podrían hallarse los restos de estas dos personas.

⁵¹ Un análisis de los casos más relevantes que han llegado a los tribunales sobre el conflicto entre la libertad científica del historiador y el derecho al honor de personas que aparecen en estudios y trabajos historiográficos puede verse en F. ESPINOSA, *Callar al mensajero: la represión franquista, entre la libertad de información y el derecho al honor*, Península, Barcelona, 2009.

⁵² *Last but not least*. Al tratarse de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, los costes de las pruebas a realizar en el Valle de los Caídos y, en su caso, de la exhumación de los restos de los hermanos Lapeña serán de cuenta de la parte actora, es decir, de los familiares. Esto no se corresponde muy bien con el deber de los Estados de reparar adecuadamente a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos: un deber desarrollado en el marco del Derecho internacional, pero que el Tribunal Supremo ha citado con profusión en las resoluciones analizadas en estas páginas. Este hecho pone de manifiesto la necesidad de abordar por parte del legislador la reparación integral de las víctimas del franquismo.

5. EXCURSUS: EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL Y SUS EFECTOS SOBRE LAS EXHUMACIONES

A las posibilidades contempladas en el epígrafe anterior, ha venido a sumarse la proporcionada por los efectos del principio de jurisdicción universal y su entrada en juego en marco de la denominada “querella argentina”. Véase, a continuación, en que consiste esta última.

La insatisfacción provocada por el contenido de la ley de memoria histórica, sumada a la negativa del Tribunal Supremo a investigar los crímenes del franquismo, motivó que víctimas y asociaciones buscaran la satisfacción de su derecho a la justicia más allá del foro judicial español. En concreto, recurrieron a la justicia argentina sobre la base del principio de justicia universal, al encontrarse este recogido en su ordenamiento jurídico. Nacido como un instrumento de lucha contra la impunidad de las graves violaciones de derechos humanos, este principio supone la posibilidad de juzgar crímenes de guerra y contra la humanidad en un Estado distinto a aquel en el que se cometieron los hechos o del que son nacionales bien las víctimas bien los victimarios⁵³. Sobre esta base normativa, en 2011 la justicia argentina (en concreto, el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 1) admitió la demanda presentada por genocidio y/o crímenes contra la humanidad contra dirigentes franquistas relacionados con homicidios, torturas y privaciones ilegales de libertad durante la dictadura⁵⁴.

Estos son los presupuestos de la “querella argentina”. Un proceso todavía en curso, en cuyo marco el Juzgado argentino emitió en febrero de 2014 una petición de cooperación internacional para que se arbitraran los medios oportunos para la exhumación e identificación de los restos de una víctima de los delitos referidos en la demanda. Se trata de Timoteo Mendieta, cuyos restos se encontraban en una fosa común situada en el cementerio municipal de Guadalajara. Así, mediante esta petición funda-

⁵³ Sobre los presupuestos, consecuencias y límites del principio de justicia universal, véase Á. SÁNCHEZ LEGIDO, *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. En cuanto a su evolución en el Derecho español, puede verse A. MARTÍNEZ GUERRA, “La reforma de la ‘molesta’ Jurisdicción Universal y sus primeras consecuencias”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, num. 7, 2014, pp. 117-142.

⁵⁴ Un detallado análisis de los fundamentos y argumentos de la demanda, así como de las primeras fases de este proceso judicial, se encuentra en A. MESSUTI, “La querella argentina: la aplicación del principio de justicia universal al caso de las desapariciones forzadas”, en R. ESCUDERO y C. PÉREZ GONZÁLEZ (eds.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, cit., pp. 121-140.

mentada en el art. 40 del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República Argentina y España, suscrito en 3 de marzo de 1987⁵⁵, se exhortaba al juzgado competente de Guadalajara a que autorizase la exhumación.

En consonancia con tal petición, el Juzgado de Instrucción n° 2 de Guadalajara emitió un Auto por el que acordó la exhumación y autorización de la obtención del material genético necesario para la identificación de los restos de la víctima en cuestión⁵⁶. Además de lo contenido en la parte dispositiva, son dos los aspectos destacables de este Auto. En primer lugar, la consideración de que la resolución dictada por el juzgado argentino “ha cobrado plena vigencia en España”, de forma que procede sin más acatar su contenido y autorizar la exhumación (FJ2). Es un efecto importante del principio de justicia universal. En segundo término, la referencia al art. 13.1 de la ley de memoria histórica y al deber de “facilitación” que tienen las Administraciones públicas de las actividades relativas a la localización, identificación y exhumación de los restos de las víctimas de la represión franquista. Así las cosas, para el tribunal, ambos aspectos configuran “un deber legal reforzado de cooperación por parte de la propia ley española en esta materia en relación a lo que se está efectuando por parte de las autoridades argentinas” (FJ4).

En conclusión, sirva este caso para poner de manifiesto otra posible vía argumentativa de actuación judicial a los efectos de cumplir con lo dispuesto en la ley de memoria histórica y facilitar a las víctimas las tareas de identificación de restos. Dado que el proceso en Argentina sigue su curso⁵⁷, es previsible que más peticiones de esta naturaleza lleguen a los juzgados territoriales de los lugares donde existen restos de víctimas de la represión franquista. En este sentido, este Auto del Juzgado de Instrucción n° 2 de Guadalajara es

⁵⁵ BOE 17-VII-1990.

⁵⁶ Auto de Auxilio Judicial Nacional, n° 141, de 18 de diciembre de 2015.

⁵⁷ Otra de las actuaciones realizadas por el Juzgado argentino fue una solicitud de extradición de dos expolicías (Jesús Muñecas y Antonio González Pacheco) sobre la base de la comisión de torturas en el marco de crímenes contra la humanidad. Esta petición fue desestimada mediante Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 24 de abril de 2014, donde se rechazó que tales acciones pudieran ser interpretadas como parte constitutiva de un delito de lesa humanidad. A juicio de la Audiencia, no cabe entender tales torturas como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, tal y como exige la normativa aplicable a estos delitos, sino tan solo como “acciones aisladas y concretas de funcionarios policiales”. Serían, pues, delitos comunes ante los que se aplicaría la categoría de la prescripción (diez años, para el delito de tortura).

un ejemplo de buenas prácticas judiciales a la hora de garantizar el derecho a la reparación de las víctimas⁵⁸.

6. IMPERIO DE LA LEY Y SIMBOLOGÍA PÚBLICA

El último tema que será objeto de estas páginas es el relativo al respeto de lo contemplado en la ley de memoria histórica con relación a la simbología –nombres de calles, monumentos, escudos, insignias y placas– que ha de presidir el espacio público en una sociedad democrática como la española. Demandada también por el movimiento memorialista, la retirada de todos aquellos vestigios y menciones que hagan exaltación de la guerra civil y de la dictadura bien puede ser catalogada como una medida de reparación moral o simbólica para las víctimas. Por un lado, se trata de una medida de satisfacción (como lo son también, por ejemplo, los actos públicos de homenaje o el señalamiento de días festivos conmemorativos de las víctimas). Por otro, es una medida que responde adecuadamente a esa doble dimensión de la memoria histórica señalada al principio de este trabajo: por un lado, una dimensión individual restaurativa para las víctimas y, por otro, una colectiva relacionada con la cultura de la democracia y los derechos humanos que toda sociedad debe impulsar⁵⁹.

El art. 15.1 de la ley establece la obligación para las Administraciones públicas de adoptar, en el ejercicio de sus competencias, “las medidas oportunas para la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura”. Una obligación que no es absoluta e incondicionada, sino que, como señala este mismo pre-

⁵⁸ Para garantizar el buen desarrollo de las labores de exhumación e identificación, el Juzgado de Guadalajara obligó a la entidad encargada de ello (la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica) a especificar las medidas de protección y conservación de los restos hasta el momento de su entrega a los familiares, así como a aportar un informe detallado de todo el proceso una vez estuviera terminado. Pero, los gastos de todas las actividades correspondieron tanto a la propia Asociación como a los familiares de la víctima. Este hecho vuelve a poner de manifiesto, como ya se señaló en páginas anteriores, la necesidad de aprobación de una normativa que obligue a las administraciones públicas a asumir los costes de las labores. Se cumpliría así en mayor medida el deber de “facilitación” contemplado en la ley de memoria histórica.

⁵⁹ Acerca de esta doble dimensión que adquieren las medidas de reparación moral en todo proceso de justicia transicional, véase J. DORADO, “Justicia Transicional”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, num. 8, 2015, p. 199.

cepto legal en su segundo punto, “no será de aplicación cuando las menciones sean de estricto recuerdo privado, sin exaltación de los enfrentados, o cuando concurren razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley”.

De la lectura de este artículo se desprenden varias cuestiones indeterminadas. De manera que, como en los anteriores preceptos legales analizados, los tribunales ya han tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Así, algunas resoluciones judiciales pueden servir de ayuda a la hora de señalar pautas para una interpretación razonable de este precepto legal, teniendo en cuenta que son dos los aspectos cuyo análisis merece la pena tratar por separado. En primer término, el contenido del mandato legal; en segundo lugar, su alcance y delimitación.

6.1. Los deberes de las Administraciones públicas en materia de símbolos públicos

De la lectura del citado artículo se desprende que el legislador de 2007 impone un mandato general de actuación positiva a las Administraciones públicas, aunque no señale el procedimiento a través del cual hacerlo efectivo. Por tanto, y siempre dentro de su ámbito competencial, las Administraciones afectadas tienen el deber de adoptar todas las medidas necesarias –tanto normativas como ejecutivas– para cumplir con lo legalmente dispuesto⁶⁰. Además, se trata de un deber que se extiende no solo a los bienes de los cuales las Administraciones son titulares, sino también a los de titularidad privada. Así se desprende del art. 15.4 de la ley, que señala que las Administraciones podrán retirar subvenciones o ayudas públicas a los particulares que no cumplan con el mandato general establecido en el art. 15.1. Por ejemplo, a los propietarios de terrenos privados en los que se encuentren estos símbolos o vestigios y se nieguen a su retirada.

En estos casos, si tras la retirada de las subvenciones (en caso de que las hubiere) los particulares continuaran negándose a la retirada de esos vestigios, podría recurrirse a los medios de ejecución forzosa previstos en la legislación. En concreto, a la ejecución subsidiaria a costa del obligado⁶¹. A los ojos del legislador lo relevante no es que los bienes en cuestión sean

⁶⁰ Esta es la tesis expuesta en L. PAREJO, “Administración pública y memoria histórica”, en JA. MARTÍN PALLÍN y R. ESCUDERO, *Derecho y memoria histórica*, cit., p. 175.

⁶¹ Véase, de nuevo, *Idem.*, p. 176.

de titularidad privada, sino su presencia o visionado desde la vía pública. Solo así –vaciando el espacio público de simbología antidemocrática– puede cumplirse con esa doble dimensión individual y colectiva que caracteriza a las medidas de reparación moral como la contemplada en la ley.

No obstante, frente a la nitidez del mandato legal, algunas corporaciones municipales se han negado a la retirada de simbología pública contraria al mismo. Y la posición de los tribunales que han abordado este tema también ha sido clara: como ejemplo, cítese la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 30 de julio de 2010, que declaró contraria a derecho la “inactividad administrativa” de las autoridades municipales a la hora de hacer cumplir el mandato legal y, por tanto, de respetar el imperio de la ley⁶².

A pesar de la citada sentencia, algunos Ayuntamientos arguyen la inexistencia de normativa que desarrolle este precepto legal como razón para su inacción⁶³. Sin embargo, este argumento ha sido rechazado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, en sentencia 92/2014, de 20 de enero, dictada por su Sala de lo Contencioso-Administrativo. En un Estado de derecho –arguye el Tribunal– la ley es directamente aplicable, de manera que su eficacia no puede depender de otras normas o actuaciones posteriores. Lo contrario equivaldría –continúa diciendo la sentencia– “a una suerte de delegación de la eficacia de las decisiones normativas de las Cortes en la administración difícilmente admisible sin mandato legal alguno” (FJ3). Máxime cuando, como es el caso al tratarse de una cuestión de competencia municipal, es el propio Ayuntamiento quien tiene la potestad reglamentaria para aprobar la normativa cuya inexistencia se alega como motivo para justificar su inacción⁶⁴. Ciertamente, parece fuera de toda duda –tanto doctrinal como normativa– que el hecho de que una ley sea debatida y discutida no es argumento para su desobediencia por parte de las Administraciones públicas⁶⁵.

⁶² En este caso concreto, la inacción administrativa impugnada consistió en la negativa de la corporación municipal de Santa Cruz de Tenerife de incluir en el orden del día del pleno una moción presentada por uno de los partidos políticos con representación en el consistorio para elaborar un catálogo de vestigios franquistas y proceder a su retirada.

⁶³ Por ejemplo, los Ayuntamientos de Valladolid (julio de 2010) y Palencia (diciembre de 2014).

⁶⁴ Como el propio Tribunal Superior de Justicia le indicó al Ayuntamiento de Valladolid, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (FJ3).

⁶⁵ Posteriormente, el Ayuntamiento de Palencia actuó en similares términos a los censurados por esta sentencia. En este caso ha sido el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de esta ciudad el que, siguiendo la línea argumentativa trazada por el Tribunal Superior

6.2. Alcance y límites del deber legal de retirada de simbología antidemocrática

La redacción del art. 15.2 da lugar a ciertas dudas sobre los límites y alcance del deber de retirada. Según la Exposición de Motivos de la ley, su objetivo pasa por retirar del espacio público la simbología que exalte o conmemore todo lo relacionado con la guerra civil y la dictadura, para hacer así eficaz el derecho de los ciudadanos a que los “símbolos públicos sean ocasión de encuentro y no de enfrentamiento, ofensa o agravio”. En consecuencia con tal propósito, el mandato legal de retirada se limita a los símbolos “de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la guerra civil y de la represión de la dictadura”. De esta manera, no estarían sujetos a este deber aquellos símbolos, honores o menciones que no estén encaminados expresa y directamente a la exaltación del régimen franquista⁶⁶.

Además, el art. 15.2 limita el deber de retirada de símbolos a aquellos casos en que no concurren “razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley”. La indeterminación de esta cláusula plantea serias dudas interpretativas sobre su alcance. Dudas frente a las que resulta de ayuda la clásica distinción doctrinal entre núcleo de certeza y zona de penumbra⁶⁷. En efecto, mientras puede haber nombres, símbolos, vestigios o menciones conmemorativas que claramente estén incluidos bajo el ámbito del texto y propósito de la ley, también pueden existir otros ante los que existan dudas razonables. En mi opinión, es esta circunstancia lo que motivó que el legislador mandatara una colaboración institucional para resolver las dudas acerca de la retirada o no de ciertos símbolos. Así, el art. 15.3 de la

de Justicia de Castilla-León, condenó al Ayuntamiento por su inacción mediante sentencia de 15 de abril de 2016.

⁶⁶ Así se pronuncia la sentencia de 1 de julio de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de A Coruña. En ella se anula parcialmente una resolución del pleno del Ayuntamiento de esta ciudad por la que se retiraban honores concedidos al militar José Millán-Astray durante la dictadura. Para el tribunal, aquellos honores concedidos en virtud de su condición de fundador de la Legión (en concreto, el nombramiento como hijo predilecto de la ciudad) no caben bajo el ámbito de aplicación de la ley de memoria histórica, dado que se trata de un hecho producido en 1922 y previo, por tanto, al golpe de Estado en el que aquel participó. Pero, sí quedan bajo el ámbito de aplicación de la ley aquellos otros honores (el nombre de una plaza y un conjunto escultórico) que fueron concedidos con el fin de glosar su figura y sus actuaciones durante la guerra civil. En estos casos, la actuación del Ayuntamiento sí se ajustó a la ley.

⁶⁷ H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, pp. 155 y ss.

ley establece la obligación del Gobierno de colaborar “con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales en la elaboración de un catálogo de vestigios relativos a la Guerra Civil y la Dictadura”.

Hasta la fecha esta colaboración no se ha producido. Con carácter previo, conviene señalar que en 2009 el Gobierno creó una comisión de expertos en el Ministerio de Cultura⁶⁸ y otra en el de Defensa⁶⁹ para determinar la aplicación de este artículo en los bienes y espacios de la Administración General del Estado. Por otra parte, algunas entidades locales también han elaborado comisiones para ello. En este ámbito, el principio constitucional de autonomía local justifica la libertad de los Ayuntamientos a la hora de determinar la forma mediante la cual cumplir con el mandato legal. Una de ellas es la selección y nombramiento de una “comisión de expertos” que ayude, gracias a sus conocimientos en la materia, a la toma final de decisión. En este punto tan solo cabría añadir que si estas instituciones desean cumplir con la normativa internacional en materia de reparación a las víctimas, deben prever la participación de las víctimas en estas comisiones⁷⁰.

Sin embargo, y volviendo al mandato del art. 15.3 de la ley de memoria histórica, no constan casos de esta colaboración institucional. Se está pues en presencia de otro incumplimiento de lo dispuesto en la ley ante el cual los tribunales podrán pronunciarse en el futuro, siempre sobre la base del respeto al principio del imperio de la ley.

En cualquier caso, este incumplimiento del mandato legal no justifica la inacción mostrada por Ayuntamientos como los analizados en estas páginas. Sirva al respecto la argumentación sostenida por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León en la sentencia de 2014 analizada en el subepígrafe anterior. En ella –y asumiendo la citada distinción entre núcleo de certeza y zona de penumbra–, el Tribunal advierte que hay acciones que pueden realizarse sin necesidad de “grandes escorzos interpretativos” y sin esperar a que la mandatada colaboración institucional se produzca. No hacerlas supone, por tanto, incumplir la ley. Por otra parte –continúa el tribunal–, otras accio-

⁶⁸ Mediante Orden CUL/459/2009, de 19 de febrero, publicada en el BOE 28-II-2009.

⁶⁹ Las actuaciones realizadas por este Ministerio pueden verse en <http://www.defensa.gob.es/memoriahistorica/index.html> (fecha de consulta: 3-IX-2016).

⁷⁰ Sobre el papel protagonista que deben desempeñar las víctimas en todas las políticas públicas dirigidas a garantizar sus derechos a la verdad, justicia y reparación, véase J. MÉNDEZ, “Victims as Protagonists in Transitional Justice”, *International Journal of Transitional Justice*, num. 10, 2016, pp. 1-5.

nes sí pueden requerir de la colaboración institucional que ayude a la toma de decisión por parte del órgano competente.

Esta distinción de situaciones (certeza vs penumbra) es relevante para el Tribunal y su fallo. Así, este ordenó al Ayuntamiento de Valladolid a adoptar en el plazo de un mes las medidas oportunas para el cumplimiento del mandato de retirada de símbolos; medidas entre las que se incluye la creación de un catálogo de símbolos a retirar, la determinación de su titularidad pública o privada y, finalmente, su retirada en caso de no plantear dudas (núcleo de certeza). Asimismo, le ordenó –sin fijación de plazo alguno– a requerir la colaboración de la Administración para valorar supuestos concretos dudosos (zona de penumbra) y determinar así su inclusión o no en el catálogo de excepciones. Tampoco se ha producido todavía esta colaboración institucional, lo que significa –como ya se advirtió– otro incumplimiento del art. 15 de la ley.

7. CONCLUSIÓN

En las páginas que componen este trabajo se han ofrecido argumentos para fundamentar la implicación de jueces y tribunales en el proceso de recuperación de la memoria histórica desarrollado en España durante los últimos tiempos. Para ello se ha dibujado un marco teórico compuesto por tres conceptos: memoria histórica, justicia transicional e imperio de la ley. Su interacción permite fundamentar la actuación judicial a la hora de sancionar la falta de la actuación debida por los poderes públicos con relación a la reparación de las víctimas del franquismo. Además, la necesidad de fundamentar teóricamente estas demandas es aún mayor en este caso, dado que toda propuesta que se presente debe ser coherente –como se pretende que sea la aquí diseñada– con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en esta materia.

Tal y como se ha mostrado en los epígrafes anteriores, si bien el alto tribunal sostiene la imposibilidad legal de que la vía judicial pueda garantizar los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas del franquismo, deja abierta la posibilidad (incluso señalando posibles vías a explorar) de que los tribunales sí sean garantes del derecho a la reparación integral. Concretamente, en aquellas dimensiones que se hayan incorporado en la legislación española. Así, en tanto garantes del imperio de la ley, los jueces son plenamente competentes para velar por el cumplimiento de las obligaciones

y mandatos legales. Mandatos que, en la actualidad, están lejos de ser cumplidos de forma satisfactoria por los órganos administrativos competentes.

Como se ha recogido en este trabajo, hasta la fecha se han abierto dos vías de actuación judicial. Ambas relativas a medidas de satisfacción a las víctimas, es decir, a medidas que se ubican bajo el contenido típico del derecho a la reparación. Por un lado, en la cuestión de la localización, exhumación e identificación de los restos de las víctimas de las desapariciones forzadas vinculadas a la represión franquista. Una cuestión sobre la que la ley de memoria histórica contiene algunas previsiones ignoradas por los poderes públicos obligados a desarrollarlas. Por otro, a la hora de hacer cumplir el mandato legal de retirada de la simbología franquista de los espacios públicos. En ambos ámbitos, es el respeto al principio constitucional del imperio de la ley el que fundamenta la actuación judicial para satisfacer el derecho a la reparación de las víctimas del franquismo. En resumen, el rechazo manifestado por el TS a que la vía judicial pueda hacer efectivos los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas no implica que jueces y magistrados no puedan ni deban ser garantes del derecho a una reparación integral. A ello les obliga el imperio de la ley.

RAFAEL ESCUDERO ALDAY
Área de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: rafael.escudero@uc3m.es